POR

GREGORIO SANZ DE VBAGO,

HERMANO, Y HEREDERO LEgitimo abintestato, de Martin Sanz de Vbago, su hermano, difunto:

CON

EL PATRONAZGO QVE SE PRETENde llamar su heredero ex testamento; y los demas interesados, en su asserta disposicion:

PARA

Que se confirme la sentencia de vista, confirmatoria de otra de el Ordinario, que declarò al dicho Gregorio Sanz, por Heredero ab intestato, del dicho su hermano, y como a tal le mandô dar la possesion de los bienes de su herencia:

ADDICCION, Y TRIPLICACION BREVISSIMA, *a la Replica de contrario hecha, a la alegacion de Derecho de Gregorio Sanz.*

N.1 SIN Embargo de la authoridad de el author de la dicha Replica, a nuestro corto sentir, no necessitava de respuesta; pero se la procuraremos dar aqui, por sus numeros, con la brevedad possible.

Primera Replica.

2 EN el numero primero, pretendiendo el Abogado contrario arrancar este pleyto de el §. posteriore, por ser, como es, caso individual, de aquella ley, dize; *Que el poder para testar, de que se trata, no fue testamento, y que assi no le comprehenden las palabras*, ni conse-

quentemente la disposicio de aquella ley, ex illo vulgari brocardico, *á quo removentur verba legis, removetur quoq; ipsius dispositio*, l.4. §.toties. ff. de damno infecto, cum multis similibus congestis à Gutier.cons.21.nu.2.

Respuesta.

3 NO necessita de ella esta proposicion, porque no ay duda de que el poder para testar, quà parte es poder, y facultad dada de vno à otro, es mandato, y acto inter vivos, y en que como tal bastavan menos testigos, y menos solemnidad, que en el testamento; que fue la razon de dudar, de la ley.39.de Toro, hodie.l. 13.tit.4.lib.5.Recop.todavia quà parte, el mandante debe instituir, y nombrar Heredero por su nombre, por la ley.31.de Toro, hodie.l.5.dict.tit.4.lib.5.Recopil.assi por esto, como por lo que resuelven Antonio Gomez, y Matienço sobre aquellas leyes, cerca de la razon de dudar, y decidir de ellas, no se puede negar, que en teniendo el poder institucion de Heredero, como este le tuvo, es verdadero testamento, como este lo fue; cosa que se comprueba bien per ipsam rei evidentiam; con que si vno dà poder para testar, y en êl nombra, è instituye Heredero, como lo debe hazer, ex dict.l.31.de Toro; aunque el Comissario, ò no quiera, ò no pueda testar, el difunto muere con testamento, y el Heredero lo ha de ser, ex.l.33.de Toro, ibi: *Pero lo que el testador mandò, señalada, y determinadamente, señalando persona de el Heredero, ó señalando otra cosa que avia de hazer el tal Comissario; mandamos, que en tal caso, el Comissario sea obligado á lo hazer, y sino lo hiziere, que sea avido como si el tal Comissario lo hiziesse, ô declarasse.*

Segunda Replica.

4 EN el num.2.resuelve, *que quiquid esset dispositum de iure communi, por el de estos Reynos (segun el qual se han de juzgar los pleytos) bien puede morir vno con dos testamentos, y ser entrambos validos, sin que el otorgamiẽto del segundo sea modo legitimo de revocar el primero*, taliter que no poco audacter afirma, estar antiquada por el Derecho mas nuevo de la Recopilacion.d.§.posteriore, y la ley 21, tit.1.partita. 6. ibi: *El primero testamento se desata por otro que fuesse fecho despues cumplidamente*, è induze para probar esto, la ley.8.tit.4.lib.5.Recop. & ibi Matienço glos.1.num.1.& 5.

Res-

5 EL Abogado de el Patronazgo, menos ajustadamente confunde, dos reglas de Derecho, entre si distintas en la materia testamentaria: La primera, *quod nemo potest decedere cum duobus testamentis in paganis*: La segũda, *quod testamentum non potest condi nisi vno contextu*. La primera està en su entera fuerça, y vigor, y tiene por si ygualmente el Derecho civil, y de estos Reynos: No assi empero la segunda, porque de Derecho de estos Reynos, se puede el testamẽto hazer, acabar, y añadir diversis temporibus, & diverso contextu; Y en este caso, y sentido, hablan, proceden, y se entienden, las leyes del Reyno que disponen cerca de los poderes para testar, en las quales veriùs dici potest, & debet, *quod non tam fit testamentum diversis temporibus, vel diverso contextu, quàm quod vnum est testamentum, & hoc illud in quo habetur hæredis institutio; alterum verò quod postea fecerit Commissarius, sunt codicilli*; con lo qual se evita el admitir correccion de leyes, contra regulam textus in cap. cum expediat de electione, lib. 6. l. sed & posterioris. ff. de legibus. Et ita bellè ratiocinatur idem Matienço en el lugar que de contrario se alega in fine, y antes lo dexava dicho otra vez in. l. 1. glos. 1. tit. 4. eodem lib. 5. Recop. Con que antes viene este author, à refutar a Tello Hernandez, que inadvertidamente se inclinò â introduzir la dicha derogacion de leyes.

6 Y aunque parece que viene a admitir la dicha derogacion del Derecho comun, en las vltimas palabras de la ley. 8. ibi: *Salvo si el testador especialmente dio poder para revocar el testamento*; cum pace tanti viri; en este caso non est verum dicere *testatorem decedere cum duobus testamentis*; antes por el contrario, es preciso *decedere cum solo vno testamento, vel abintestato*; Porque si el Comissario en virtud del poder especial, revocare el testamento, que el testador avia hecho, ya el revocado non subsistit, ni el testador muere, sino abintestato: Per contrarium, si el Comissario no vsa de el poder especial, ni revoca el testamento que el committẽte avia hecho, y entonces no muere con mas de vn testamento, y esse es el que el testador avia hecho; Y si el Comissario avia hecho alguna cosa, esso habetur loco codicillorum, como el author en fin de la primera glossa immediatè precediente acabava de dezir. Y lo que verdaderamente aquella ley tiene admirable, y sin controversia correctorio del Derecho comun, es lo que cum iuditio advierte el mismo Matienço, d. glos. 2. num. 2. *quod firmitas testamenti*

... post mortem ipsius testatoris explicanda, que es derechamente contra las palabras de la ley illa institutio.32.ff.de hæredibus instituendis, ibi; *Nam satis constanter veteres decreberunt testamentorum iura per se ipsa, firma esse oportere non ex alieno arbitrio pendere.* Y en esta consideracion, esta ley.8.es texto clarissimo de Derecho de este Reyno, para la opinion de los authores de el, de quibus infra num.17. que en correccion de el Derecho comun, con solamente que diga el testador; *No quiero que valga tal testamento que hize; o revoco tal testamẽto q̃ hize*; aunque no passe mas adelante, haziendo otro testamento, ni ponga causal, *porque quiero morir abintestato*, eo ipso queda radicado el Derecho de los abintestato: Porque esta ley lo amplia, y dispone, que no solo puede el testador hazerlo por si, sino cometer à otro que lo haga, antes, ò despues de su muerte, ibi; *El Comissario no pueda revocar el testamento que el testador avia hecho, en todo, ni en parte, salvo si el testador especialmente le dio poder para ello*; Ergo si le dio poder para ello, y el Comissario vsando de el poder revocare, ya queda invariable el Derecho de los ab intestato; porque ni el Comissario tuvo poder, ni el testador se lo pudo dar, para nombrar otro Heredero en lugar de el revocado, ex.l.5.illiusmet tituli; Y assi la ley.8.es mas inevitable texto por la opinion de aquellos authores, que la ley.1. del mesmo titulo, que ellos para este intento suelen ponderar.

Tercera Replica.

7 PRetendiendo confirmar el Abogado de el Patronazgo, en el n.4. lo que dixo en el.3. que por Derecho comun procede lo mismo en qualquiera poder que aviendole dado vna vez, no es visto revocarlo, y que siempre està entero el mãdato si expressamente no se revoca, y dize que es doctrina cierta, que el poder que se dà a alguno, para hazer alguna cosa, no se revoca tacitamente, sino es, que el dueño haze el mesmo acto para que avia dado el poder, ex cap.2.§.secus de procuratoribus, lib.6.

Respuesta.

8 AQui no es menester, sino concederle estas doctrinas al Abogado, y este es el caso deste pleyto, que quien dà poder a vn Comissario para que haga por el su testamento (especialmente por hallarse agravado para poderlo hazer por su persona) si con-

miento puede dudar que con la mesma accion de testar, revocò el poder q̃ avia dado para testar, conforme al mesmo vers. secus, que de contrario se alega. Item, q̃ con este segundo testamento quedò revocado el primero, y la institució de Heredero, que es la sustancia del testamento contenida en el poder.

Quarta Replica.

9 EN el num. 5. dize el Abogado, *que este poder tuvo tracto successivo, como el del capitulo penultimo, in principio, de procuratoribus, lib. 6.* Porq̃ fue dado para testar, en vida del testador, o despues de su muerte, y que de la mesma manera que en el caso de aquel texto no espirò el poder para testar, con aver hecho el testador testamento, como tampoco en aquel texto, por aver tratado el señor el pleyto, para que avia dado poder a su Procurador.

Respuesta.

10 SI el Abogado del Patronazgo se detuviera en la materia, y entendimiento de el capitulo penultimo, echàra de ver, que es el mayor fundaméto desta parte; porque lo es el de aquel texto indubitable, que todas las vezes que el señor haze por su persona aquello mesmo para que dio poder a vn Procurador que lo hiziesse, eo ipso le revoca el poder; y aora, porque la forma de el dado en aquel texto, fue, *quoties me abesse contigerit*, y hazia razó de dudar, si por aver tratado algo de el pleyto, fue visto revocar el poder al Procurador: respondiò el Pontifice, que no; y la razó de decidir, es, porque el poder fue *para las ausencias*; Y asi, en mi presencia no tiene poder el Procurador, ni consequentemente con ella, el señor puede ser visto revocar el poder que dio para el caso contrario de la presencia, que es el de la ausencia; Pero todo esto ya se conoce que puede tener que ver para el caso deste pleyto, y con el poder para testar; el qual no solamente jamas se ha dicho que tenga tracto succesivo, antes expressamété dicho en la ley. 35. de Toro, hodie. l. 9 tit. 4. lib. 5. Recop. que con el primer acto se cumple, y extingue el poder, sin quedarle despues para cosa alguna.

Quinta Replica.

11 DEsde el num. 8. hasta el 10. trata de fundar el Abogado, q̃ el testa-

do (para conseguir el efecto de que se trata, hoc est, ser revocatorio del primero) no le obra, nisi per mortē testatoris, ni de otra manera puede proceder la disposicion del. §. posteriore.

Respuesta.

12 A Esta (contra Derecho) pretension, no se puede excogitar mas llano convencimiento, que con la ponderacion evidente del mesmo. §. posteriore, que prueba, que para este efecto no se necessita de aguardar la muerte del testator, sino que tan solamente se considera la desnuda perfeccion, y solemnidad de el testamento que otorgò, y que con solamente esto, queda el primero como si verdaderamente nunca huviera estado in reiū natura. Dize pues el Emperador: *Posteriori testamento, quod iure perfectū, superius rumpitur.* Ponderense aquellas palabras *iure perfectum*, que no dizen mas que la perfeccion juridica de las leyes de testamentis ordinandis: No assi empero la irrevocabilidad, consumacion, y execucion, para q̃ se requiere la muerte del testador.

13 Y parece que se le puso esta objeccion a Iustiniano, y preguntò, *si era nessario que el testador persistiesse en la voluntad del segundo testamento hasta la muerte, y consequentemente huviesse Heredero actual, q̃ aceptasse la herencia en virtud de el?* Et respondit negativè; *Y que no se necessita de acto, sino de potencia absoluta*, ibi: *Nec interest extiterit aliquis hæres ex eo, an non; hoc enim solum spectatur an aliquo casu* (hoc est moriente quandocumque testatore) *existere potuerit.*

14 De lo qual, como de premissa, saca la consequencia siguiēte, donde està el presente caso. *Ideoque si quis, aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem eius, antequam hæreditatem adierit, decesserit; in his casibus pater familias intestatus moritur.* Ya se vè en estas palabras, que si el testador en el segundo testamento (con que el primero quedò revocado) instituyò por heredero a Pedro, y Pedro muriò primero que el testador, se caducò la institucion, conforme al titulo de caducis tollendis: No empero para efecto de que reconvalezca el primero, que se revocò por el segundo: porque para esto no se considera, ni aguarda la muerte del testador, ni la existencia de Heredero que le sobreviva, sino que basta la potēcia de q̃ le pudiesse sobrevivir; porque con sola ella se consigue el efecto de que el testador muera ab intestado, que es el caso de este pleito, y la pretēsion de Gregorio Sanz de Vbago. Con que se

se excluye, y convence todo lo que inutilmente se acumula en razon de la pretensa reconvalecencia del primero testamento.

15 Y mucho mas lo q̃ trae en el nu.13. dela disceptacion de Stephan. Graciano y de Galeota, novissimamente lib.1. controv.38.n.35. Porque antes se retuerze contra su intento, y en el caso deste vltimo author, teniendo por llana la revocacion del primer testamento con el otorgamiento del segũdo, se pretẽdia fundar la reconvalecencia del primero; en q̃ el testador despues de hecho el segundo avia otorgado codicilo en que confirmava el primero testamento. Por manera, que lo vno, y lo otro, viene à ser en confirmacion de lo q̃ defendemos.

Sexta Replica.

16 EN el nu.17. pretende el Abogado del Patronazgo, que todas las vezes que ay duda si el primero testamento està revocado por el segundo, solamente ha de ser esta controversia entre los Herederos escritos en cada vno dellos, pero no con el Heredero ab intestado.

Respuesta.

17 ESto se convence consigo mismo, y con q̃ la mesma razon natural, y de decidir dela l ey loci.4.§.cõpetit.ff.si servitus vendicetur, enseña q̃ aqui no ay mas que considerar q̃ el Derecho del ab intestato, que se induze por el mesmo caso que no aya Heredero ex testamẽto; y esto bien lo prueba Gregorio Sanz contra el primero testamento, en el mesmo instante q̃ el testador hizo el segũdo, y quererse valer el primero del Derecho del segundo, es alegar el de tercero, é ya se sabe q̃ està prohibido por Derecho, ex d. §. cõpetit; Y assi a Gregorio Sanz, no le toca mas de tan solamente excluyr al primero testamento, o poder para testar con el otorgamiento del segũdo: que este bien queda excluido por la incision, pero nunca parte para tratar dello el primero. Y si bien es verdad q̃ esto no le toca, ni lo puede alegar, nunca tuvo fundamento, por lo q̃ Gregorio Sanz dixo en su primero informe nu.26. que es doctrina receptissima, y cierta, y tiene por si ley destos Reynos, en favor de los Herederos ab intestato, con solo que el testador rompa, incida, ò cancele el testamento, o diga, *que no quiere que valga*, sin q̃ se necessite que diga, ó añada, *que quiere morir ab intestato*, pulchre Burgos de Paz, alli alegado in l.3. Taur.1.p.n.842. vers. hodie tamẽ. Ant. Gom. in eadem. l.3. Tauri nu.104. Domin. Padill. in l. eadẽ quam. C. de Fideicõmiss. nu.110. pulchre la adiccion del mesmo Antonio Gomez. d.n.104. adonde alega al señor Presidẽte, y a otros muchos del Reyno, y por llano assi lo determinò esta Real Audiencia, tradit Gomez de Leon en su centuria facto.5.

Septima Replica.

18 ALega la decision de Anton. Fabro. 29. tit.5. de testamẽt. lib.6. C. Fabriani, para probar que no ay revocacion expressa, ni clara del poder, ó testamento, que Martin Sanz de Vbago àvia otorgado; y q̃ en este caso (que el Abogado llama caso de duda, no lo siendo) siempre dize que se á de presumir, è interpretar, que no se revoque el testamento, ni los legados de Obras Pias.

Respuesta.

19 LA alegacion, y proposicion en si, ya avemos dicho muchas vezes, que es contra Derecho, y cõtra texto individual clarissimo, in d. §. posteriore, & in d.l. partit. cum sexcẽtis alijs, que disponen de la revocacion del testamẽto, por el segundo solemne y perfecto. Y el lugar de Anton. Fabro, para este proposito, es mucho mas remoto, porque en él aunque se trata de revocar testament. por la forma del. §. ex eo institut. quib. mod. testam. infirm. de quo diximus

mus sup.n.6.& n.17.assi queda bien probado,no tienen lugar en España,y ay Derecho claro del Reyno en contrario,de que resulta consequentemẽte,que todas las doctrinas,y authores Estrangeros destos Reynos, que en esta razon se alegan por los Abogados,sin necessitar de mas individual refutació, y mãdar ser desterradas,y recogidas a sus patrias, y adonde el Derecho Imperatorio se observa,y està incorrecto;no assi empero en Castilla,adonde (por el cõtrario)por las leyes.1.y 8.tit.4.lib.5.Recop.lo susodicho està correcto,y antiquado,como dexamos probado.d.n.6.y 17.Y aora en Saboya,y en otras partes fuera de España,tendria mucha disputa,si admitida la opinion de q̃ se tuviesse por revocado el testamento,si el testador dixesse, *nolo valere testamentum, quia volo decedere ab intestato*,se avian de conservar todavia los legados pios,que es el intento de Antonio Fabro,en aquel lugar.Pero esto nunca puede suceder en España,adonde(como tantas vezes està repetido)en el instante que dize el testador legitimamente,cõforme a la ley.1.ò su Comissario para testar,en virtud de poder especial,conforme a la ley.8.in fine.d.tit.4.lib,5.Recop.sin que diga otra palabra alguna,ni passe mas adelante,eo ipso queda todo como si el tal testamento nunca huviera sido otorgado,y en el mesmo estado el Derecho de los ab intestato,como prueban por cierto,è indubitable,los authores de el nu.17.y cõ particularidad doctissimus pariter,& illustrissimus Dom. Anton. de Padilla de Meneses.d.n.130.illic citato,ibi;*Hodiè tamen ex huiusmod.sola revocat.(etiam si non dicat testator velle se intestatum decedere)prius testamentum irritum erit, etiam quoad legata,& quo ad institutionem.*

Octava y vltima Replica.

20 ALega en su favor el Abogado del Patrouazgo las novissimas tres decisiones de Fontanel 49.50.y 51.adonde dize que se determinò la causa en caso semejante,en favor de las Obras Pias instituidas en el testamento,& pro nõ revocat. ipsius testam.& contravenientes ab intestato ipsius testatoris;quamvis testamentũ in scriptis recuperatum probaretur ab ipso testatore,& ab eodem incisum,& linis diruptum.

Respuesta.

21 NO pudo la pretension de Gregorio Sanz hallar en su favor, y de su pretension,mas solidos,ni mas doctamente digeridos fundamentos,q̃ los contenidos en aquellas decisiones;porque visiblemẽte todos los textos, y doctrinas dellas,fundan con evidencia lo mesmo,q̃ hasta aqui avemos pretendido, y convencen,y refutan sus contrarios,y el voto de la Rota Barcinonense que el mesmo author,por caso llano.d.decis.51.desde el nu.14.supone pro contãti *quod rotavit*;pero quãdo se defensara su determinació,lo primero no nos pudiera hazer contradicion,por las leyes particulares, y circunstancias privilegiadas,de aquel caso tanto de la ley municipal privilegiada en Barcelona , en favor de sus Ciudadanos;quanto las clausulas *codicilar*,y *omni meliori modo*,q̃ alli intervinieron. Y lo segundo,porque aquellas decisiones no son del proposito, ni le puede valer dellas la parte del Patronazgo,porque no fue su disputa cerca del.§.posteriore.hoc est,*que el primer testamento se revoca por el segundo*,que es la question deste pleyto,sino de la ley nostram.C.de testam,*vtrum testamentum ad pias causas in scriptis revocetur per incisionem filorũ à testatore factam.* Y esta pretensiõ, ò Derecho,quando tuviera(que no tiene) duda alguna,fuera de tercero,y que nunca le tocara,ni fuera a parte para deducirla el Patronazgo.

Ex seqq.parece,quod in tuto quiescit,la justicia de Gregorio Sanz,y de la causa de su sucession ab intestato,y la confirmacion de la sentencia del Ordinario,y de vista,y assi la espera. Salvo,&c.

Lic. D. Acevedo